

# RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO CHILENO EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

SEBASTIÁN LÓPEZ ESCARCENA, PH.D

**Director y Profesor del Departamento de Derecho Internacional  
Pontificia Universidad Católica de Chile**

## Introducción

En el derecho comparado, las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno comprenden dos problemas estrechamente vinculados entre sí: la incorporación del derecho internacional en el derecho nacional, por un lado, y la jerarquía del derecho internacional en el derecho interno, por otro.<sup>91</sup> Si bien las soluciones que se ofrecen a este respecto son variadas, no siempre las Constituciones se refieren al derecho internacional. Cuando así ocurre, usualmente le asignan un rol protagónico al poder ejecutivo en las negociaciones internacionales y en la celebración de tratados, el cual a su vez limita por medio de la aprobación parlamentaria y de la revisión judicial de los acuerdos internacionales. En un estudio publicado por el *Comparative Constitutions Project*, de un total de 365 Constituciones dictadas a partir de 1789, unas pocas cartas fundamentales mencionan a la costumbre internacional, menos son las que la declaran directamente aplicable en el ámbito interno y un número más bien reducido de Constituciones hace referencia a instrumentos jurídicos específicos, como la Declaración Universal de

---

91 Sobre las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional ver e.g. Nijman, Janne, y Nollkaemper, André (eds.), *New Perspectives on the Divide between National & International Law* (Oxford University Press), 2007; Shelton, Dinah (ed.), *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion* (Oxford University Press), 2011; y Björgvinsson, David Thór, *The Intersection of International Law and Domestic Law: A Theoretical and Practical Analysis* (Edward Elgar Publishing), 2015.

los Derechos Humanos de 1948, la Carta de la ONU de 1945, la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, los Pactos de Derechos Humanos de la ONU de 1966, o la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.<sup>92</sup> Asimismo, no son muchas las Constituciones que incorporan instrumentos jurídicos específicos en el derecho interno respectivo o le reconocen a los tratados un rango supra-legal en la jerarquía normativa nacional correspondiente.<sup>93</sup> Desde este punto de vista, la situación del derecho internacional en Chile no es tan anómala. No obstante, la tendencia comparada actual es asignarle un lugar cada vez más destacado a las fuentes del derecho internacional en las Constituciones políticas, al menos en las dictadas con posterioridad a 1990.<sup>94</sup>

Tal como las que la antecedieron, nuestra actual Constitución Política de la República (CPR) no cuenta con una regulación orgánica de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, sino que con un conjunto de disposiciones dispersas que se refieren a diversos aspectos del derecho internacional de manera más bien accesoria, a propósito del ejercicio de la soberanía (artículo 5, inciso segundo), de las atribuciones especiales del Presidente de la República (artículo 32 N° 15), de las atribuciones exclusivas del Congreso Nacional (artículo 54 N° 1) y de las atribuciones que son propias del Tribunal Constitucional (artículo 93 N° 1, 3 y 6). A falta de una regulación orgánica, han sido la jurisprudencia y la doctrina nacionales las que se han encargado de precisar y sistematizar las soluciones a este problema. Una nueva Constitución para Chile ofrece la inmejorable oportunidad de volver sobre este importante asunto y preguntarnos cómo regular las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno de la manera más adecuada posible. Esto es lo que busca responder el artículo que sigue a continuación. Con este objetivo, revisa cómo se incorpora el derecho internacional en Chile y de qué manera se relacionan los tratados con el derecho chileno, no solo desde la perspectiva de su regulación actual en la CPR, sino pensando en cuáles de estas normas debieran pasar a una nueva Constitución y qué otras convendría añadir a esta.

92 Ver Ginsburg, Tom, Chernykh, Svitlana, y Elkins, Zachary, "Commitments and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law", en *University of Illinois Law Review*, 1, (Universidad de Illinois), 2008, pp. 207-210. El *Comparative Constitutions Project* está dirigido por Zachary Elkins (Universidad de Texas en Austin), Tom Ginsburg (Universidad de Chicago) y James Melton (*University College* de Londres). El proyecto comenzó en la Universidad de Illinois, donde estos académicos trabajaban entonces, y su objetivo es proporcionar una base de datos comprensiva de las Constituciones del mundo. El proyecto está disponible en <http://comparativeconstitutionsproject.org/>

93 Ver Ginsburg, Chernykh y Elkins, ob. cit., pp. 207-210. Respecto a la jerarquía del derecho internacional en el derecho interno comparado ver Peters, ob. cit., pp. 260-270, 294 & 295; y Bartolini, Giulio, "A Universal Approach to International Law in Contemporary Constitutions: Does it Exist?", en *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 3/4, (Edward Elgar Publishing), 2014, pp. 1296-1314.

94 Ver Bartolini, ob. cit., p. 1295. Ver también Peters, ob. cit., pp. 254, 260, 262-263, 272 & 294-296; Bartolini, ob. cit., pp. 1296-1314; y Verdier y Versteeg (2017), ob. cit., pp. 514-515. En cuanto a las promulgadas con anterioridad a 1990, ver Bartolini, ob. cit., pp. 1292-1293, 1296, 1301 & 1310. Sobre al derecho internacional en las constituciones latinoamericanas dictadas después de 1945 ver Franck, Thomas, y Thiruvengadam, Arun, "International Law and Constitution-Making", en *Chinese Journal of International Law*, 2/2, (Oxford University Press), 2003, pp. 510-514.

## Cómo incorporar el derecho internacional

En Chile, hay una larga tradición de reconocer a la costumbre internacional como parte integral del sistema jurídico doméstico.<sup>95</sup> La Corte Suprema, por ejemplo, se ha inclinado con cierta constancia por la aplicación inmediata de la costumbre internacional en Chile: esto es, sin necesidad de acto interno de incorporación alguno.<sup>96</sup> Si bien parte de la jurisprudencia y la doctrina nacionales considera que la costumbre internacional se incorpora en forma automática al ámbito interno, lo cierto es que por lo general se requiere de un acto declarativo doméstico de carácter judicial o administrativo, como una resolución de un tribunal de justicia, que haga a la correspondiente norma internacional consuetudinaria aplicable en el derecho chileno.<sup>97</sup> De esta forma, esta es adoptada por el derecho interno, y la norma consuetudinaria respectiva no pierde su carácter de internacional.<sup>98</sup> Por esta razón, al aplicar la costumbre internacional en el derecho interno se debe tener en cuenta su contenido a la fecha en que es invocada, lo que incluye desarrollos recientes que hayan tenido lugar con posterioridad al acto judicial o administrativo que la adoptó en el ámbito interno.<sup>99</sup>

En cuanto a los tratados, la CPR habla de ellos, pero no los define.<sup>100</sup> Puesto que los acuerdos internacionales son expresiones de la voluntad política de los estados, su celebración queda en manos del más dinámico de sus poderes: el ejecutivo, quien lleva a cabo las negociaciones correspondientes y manifiesta el consentimiento estatal en obligarse internacionalmente. A fin de conferirle mayor legitimidad a los compromisos así asumidos, las constituciones políticas de numerosos estados le dan a sus poderes

95 Ver e.g. Corte Suprema, *J. Lauritzen y otros con Fisco*, sentencia de fecha 19 de diciembre de 1955, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 52/2, (Imprenta Cervantes), 1955. Este caso también es conocido como el de los barcos daneses. Corresponde señalar que, hasta la modificación constitucional del 2005, la CPR no hacía referencia alguna al derecho internacional general. Ese año se agregaron al artículo 54 N° 1 un par de menciones a las “normas generales de derecho internacional”, en relación con la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a tratados, y con la terminación, modificación o suspensión de éstos.

Ver Ribera, Teodoro, y Gornig, Gilbert, *Relaciones entre el derecho internacional público y el derecho interno en Europa y Sudamérica* (Editorial Aranzadi), 2016, pp. 114-115.

96 Ver *ibid.*, pp. 115-116.

97 En la práctica, sólo de manera excepcional se aplicará automáticamente la costumbre internacional en Chile. Por ejemplo, podría ocurrir que las partes de un contrato acuerden hacer un reenvío a esta, para efectos de regular determinados aspectos del acuerdo en cuestión. De no haber conflicto entre ellas respecto a la implementación de dicho contrato, la costumbre internacional no requerirá de un acto declarativo doméstico para ser aplicada en el derecho interno. En caso de conflicto, no obstante, se requerirá que un tribunal doméstico la identifique y determine su contenido, adoptándola en el derecho nacional y haciéndola aplicable en el ámbito interno.

98 En otras palabras, en Chile el derecho internacional general no se transforma en derecho nacional, sino que sólo se le declara aplicable internamente. Ver Dupuy, Pierre Marie, “International Law and Domestic (Municipal) Law”, en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press), 2011, párrafos 47-49. Sobre las consecuencias de adoptar el derecho internacional en el ámbito interno, ver *ibid.*, párrafos 57-59. Ver también Ribera y Gornig, *ob. cit.*, pp. 32-34.

99 Ver Dupuy, *ob. cit.*, párrafo 100. Ver también *ibid.*, párrafo 101. Respecto a la interpretación del derecho internacional consuetudinario en el ámbito doméstico ver *ibid.*, párrafos 112-115.

100 Salvo la CPR de 1925, que hacía referencia a “tratados” y “otras convenciones”, los otros textos constitucionales chilenos previos a 1980 también utilizaron la expresión “tratados internacionales”.

Ver Orrego Vicuña, Francisco, y Orrego Bauzá, Francisco, “Chile”, en Hollis, Duncan, Blakeslee, Merritt, y Ederington, L. Benjamin (eds.), *National Treaty Law and Practice: Dedicated to the Memory of Monroe Leigh* (Martinus Nijhoff Publishers), 2005, pp. 123-124.

legislativos la oportunidad de pronunciarse a este respecto, que es justamente lo que ocurre en Chile.<sup>101</sup> De acuerdo al artículo 32 N° 15 de la CPR, es una atribución exclusiva del Presidente de la República “conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 N° 1”.<sup>102</sup> La regla general es, por tanto, que los tratados requieren de aprobación parlamentaria, previa a su ratificación. Como indica el artículo 54 N°1 de la CPR, es una de las atribuciones del Congreso Nacional “aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación”.

La doctrina ha calificado a esta atribución exclusiva del Congreso como una formalidad habilitante, sin la cual el Presidente no puede proceder a dictar el acto administrativo posterior de ratificación del tratado.<sup>103</sup> Esta no se encuentra regulada en la CPR, sino que en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT), como una de las formas de manifestar el consentimiento para obligarse por un tratado.<sup>104</sup> En la práctica chilena, la ratificación es un acto solemne mediante el cual el Estado expresa justamente esa voluntad. Siendo de carácter discrecional, no hay un plazo establecido para ratificar, ni existe una obligación de hacerlo, por lo que el estado no contrae responsabilidad internacional alguna si no ratifica un tratado, incluso si se trata de uno que ya fue aprobado por el Congreso Nacional.<sup>105</sup>

A partir de la reforma constitucional del 2005, el inciso primero del artículo 54 N° 1 agrega que la aprobación parlamentaria requerirá del quórum correspondiente, de

---

101 Ver *ibid.*, pp. 125-126. Ver también Peters, *ob. cit.*, pp. 282-283; y Verdier, Pierre-Hughes, y Versteeg, Mila, “International Law in National Legal Systems: An Empirical Investigation Exploring Comparative International Law”, en *American Journal of International Law*, 109/3, (Sociedad Americana de Derecho Internacional), 2015, pp. 518-522.

102 La misma disposición agrega que: “Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretos si el Presidente de la República así lo exigiere”. El artículo 32 N° 8, por su parte, señala que el Presidente puede: Designar a los embajadores y ministros diplomáticos, y a los representantes ante organismos internacionales. Tanto estos funcionarios como los señalados en el N° 7° precedente [*i.e.*, los ministros de estado, subsecretarios, intendentes y gobernadores], serán de la confianza exclusiva del Presidente de la República y se mantendrán en sus puestos mientras cuenten con ella. Ambos numerales de esta disposición formaban parte, en lo esencial, del artículo 72 N° 5 y 16 de la CPR de 1925. La única diferencia con la regulación actual, de alguna relevancia, es que el artículo 72 N° 5 requería la aprobación del Congreso para la designación de embajadores y agentes diplomáticos. Se pueden encontrar antecedentes de estas disposiciones en el artículo 82 N°s 6 y 19 de la CPR de 1833, que regulaba las atribuciones especiales del Presidente de la República. El artículo 31 N°s 8 y 15 del proyecto de CPR, enviado por el gobierno de Michelle Bachelet al Congreso a principios del 2018, replica lo dispuesto por el actual artículo 32 N°s 8 y 15 de la CPR.

103 Ver e.g. Ribera y Gornig, *ob. cit.*, pp. 116-117 & 118. El artículo 54 N° 1, inciso décimo, de la CPR agrega que: En el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 64. Esta última disposición limita esta facultad del Presidente respecto de la nacionalidad y de las facultades del Poder Judicial, del Congreso, del Tribunal Constitucional o de la Contraloría General de la República.

104 La CVDT está vigente en Chile desde 1981. En cuanto a la capacidad para concluir tratados, los procedimientos de celebración, y su entrada en vigor en el derecho internacional ver e.g. Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge University Press), 2007, pp. 58-177 & 324-351.

105 Ver Orrego Vicuña y Orrego Bauzá, *ob. cit.*, pp. 126-127 & 128-129.

acuerdo al artículo 66. Esto quiere decir que el quórum respectivo va a depender de las normas que contenga el tratado en cuestión. Podrá ser, por consiguiente, de 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio, si estas corresponden a una ley interpretativa de la CPR; de 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio, si son propias de ley orgánica constitucional; de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio, si estas corresponden a una ley de quórum calificado; o de la mayoría de los miembros presentes de cada cámara del Congreso, si son propias de ley simple.<sup>106</sup> Someter un tratado a aprobación parlamentaria es una atribución exclusiva del Presidente de la República. Podrá hacerlo tanto a la Cámara de Diputados como al Senado, donde el Comité de Relaciones Exteriores respectivo emite un informe, el cual se discute en sala.<sup>107</sup> En este proceso, ambas cámaras del Congreso deberán pronunciarse sobre el tratado en votación única, conforme al quórum más elevado de las normas que regula.<sup>108</sup> Puesto que un tratado no es propiamente una ley, por más que su tramitación se someta a la de esta, el TC ha señalado que un tratado debe aprobarse o desecharse como un todo, sin que se le pueda introducir modificaciones.<sup>109</sup> Excepcionalmente, los acuerdos de ejecución y los acuerdos en forma simplificada no precisan de aprobación parlamentaria.<sup>110</sup> Como indica el artículo 54 N° 1, inciso cuarto, “las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley”.<sup>111</sup> El mismo inciso señala, tras su reforma del 2005, que “no requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria”.<sup>112</sup>

Los tratados se incorporan al derecho interno chileno de la misma manera que entran en vigencia las leyes nacionales. De acuerdo al inciso primero del artículo 54 N° 1 de la CPR, se someten “en lo pertinente, a los trámites de ley”.<sup>113</sup> O sea, requieren que se promulgue el decreto respectivo, y se publique en el Diario Oficial, conforme a los artículos 6 y 7 del Código Civil. Solo a contar de entonces, un tratado producirá efectos jurídicos en Chile.<sup>114</sup> En principio, estos actos internos de promulgación y publicación

106 Artículo 66 de la CPR.

107 Ver Orrego Vicuña y Orrego Bauzá, ob. cit., pp. 128-129.

108 Ver Arévalo, Álvaro, y Troncoso, Claudio, “El régimen de aprobación de los tratados internacionales luego de la reforma constitucional de 2005”, en Estudios 2010, (Sociedad Chilena de Derecho Internacional), 2010, pp. 16-17.

109 Ver Tribunal Constitucional, Rol N° 309, *Requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, de 1989*, sentencia, 4 de agosto de 2000, considerando 11. Esta sentencia fue dictada en virtud del control de constitucionalidad preventivo que consagra el artículo 93 N° 3 de la CPR.

110 Ver Orrego Vicuña y Orrego Bauzá, ob. cit., pp. 124, 127, 128 & 129-30.

111 La inclusión de esta frase en el articulado que regula las atribuciones del Congreso fue una innovación que introdujo la CPR de 1980 respecto de la norma correspondiente de la CPR de 1925.

112 Ver Arévalo y Troncoso, ob. cit., pp. 18-19.

113 Originalmente, y siguiendo al artículo 43 N° 5 de la CPR de 1925, el artículo 50 N° 1 de la CPR de 1980 decía: “La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley”.

114 Ver Orrego Vicuña y Orrego Bauzá, ob. cit., pp. 136-138.

incorporan los tratados al sistema jurídico nacional como normas domésticas: es decir, transformándolos en derecho interno. Sin embargo, la mención “en lo pertinente”, agregada el 2005 al artículo 54 N° 1, permite concluir que los tratados y las leyes tienen en Chile una naturaleza jurídica distinta, lo cual es relevante para determinar la fecha de entrada en vigencia del tratado, las normas de interpretación que le son aplicables, y su jerarquía en el ámbito interno, entre otros asuntos.<sup>115</sup> Esto significa que en Chile los tratados se adoptan, sin transformarse en derecho interno.<sup>116</sup> Así, por ejemplo, lo estimó el TC cuando declaró el 2009, a partir del texto modificado de esta disposición, que los tratados “no son propiamente una ley”.<sup>117</sup> En la misma sentencia, el TC añadió que confirma lo anterior el actual inciso quinto, que se incluyera el 2005 al artículo 54 N° 1, cuando señala que “[I]as disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”.<sup>118</sup>

Estas son las normas de incorporación del derecho internacional consuetudinario y convencional actualmente vigentes en Chile. ¿Sería conveniente reemplazarlas o modificarlas, en una nueva Constitución? Dado que estas normas han sido suficientemente desarrolladas a lo largo del tiempo, no se justificaría un reemplazo, ni su modificación en esencia. Vale decir, debiera mantenerse la incorporación de los tratados, previa aprobación parlamentaria para la mayoría de estos, así como su adopción por medio de la forma en que entra en vigor la ley en Chile. En este contexto, lo señalado por el artículo 32 N° 15 de la CPR podría mantenerse tal como está.<sup>119</sup> El artículo 54 N° 1, en cambio, ameritaría varios cambios. Por ejemplo, los detalles relativos a la formulación de reservas y declaraciones interpretativas debieran regularse por ley, no

115 Ver Henríquez, Miriam, “Tratados internacionales: reflexiones en torno a una nueva Constitución”, en Chía, Eduardo, y Quezada, Flavio (eds.), *Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia)*, (Instituto Igualdad; Facultad de Derecho, Universidad de Chile; y Friedrich Ebert-Stiftung), 2015, pp. 198 & 200. Ver también Nash, Claudio, *Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile), 2012, pp. 16-18.

116 Sobre la diferencia entre la transformación y la adopción del derecho internacional en el ámbito interno ver e.g. Dupuy, ob. cit., párrafos 46-64. Ver también Ribera y Gornig, ob. cit., pp. 32-34 & 34-40.

117 Tribunal Constitucional, Rol N° 1288, *Proyecto que modifica la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional*, sentencia, 25 de agosto de 2009, considerando 43. Esta sentencia fue emitida de conformidad a lo establecido en el artículo 96 N° 1 de la CPR.

118 Ver *ibid.*, considerando 52. Ver también *ibid.*, considerandos 53 & 55. Este inciso es, en lo esencial, idéntico a la segunda frase del Art. 96.1 de la Constitución Española de 1978. En la reforma constitucional del 2005 se incluyó, asimismo, en la CPR: la obligación del Presidente de la República de informar al Congreso Nacional las reservas que pretenda formular; la facultad del Congreso de sugerir reservas y declaraciones interpretativas a un tratado, durante la tramitación de su aprobación parlamentaria; la facultad exclusiva del Presidente de denunciar o retirarse de un tratado, previa consulta al Congreso, si dicho tratado fue aprobado en su momento por este; y la facultad del Presidente de retirar una reserva, previo acuerdo del Congreso, si dicha reserva fue aprobada en su momento por este, en cuyo caso, el Congreso tendrá un plazo de 30 días para pronunciarse, y si no lo hiciera, se tendrá por aprobado el retiro de la reserva; y la obligación estatal de dar debida publicidad a los hechos que digan relación con un tratado, como su entrada en vigor, formulación y retiro de reservas, objeciones a reservas y declaraciones interpretativas, su nulidad, suspensión o terminación. Ver artículo 54 N° 1, incisos segundo, tercero, sexto, séptimo, octavo y noveno. Ver también Henríquez (2015), ob. cit., pp. 200-201.

119 Junto a lo dispuesto en el artículo 32 N° 8 de la CPR. En relación a esta norma, se ha propuesto una regulación constitucional mínima del servicio exterior, que establezca la necesidad de contar con una diplomacia plenamente profesional y debidamente financiada, a fin de asegurar el cumplimiento adecuado de sus funciones. Ver [eliberio.cl](http://eliberio.cl), Rodríguez Elizondo, José, “Constitución, ¿con o sin diplomacia?”, 9 de abril de 2021.

en la Constitución. Los actuales incisos primero, segundo, cuarto y quinto del artículo 54 N° 1, bien podrían ser reiterados en una nueva carta fundamental, tal como pueden leerse hoy en la CPR, y han sido interpretados por el TC. Sin embargo, respecto de la terminación de tratados, convendría agregar que esta debe ser previamente aprobada por el Congreso Nacional, al menos para los acuerdos internacionales que tuvieron que cumplir con esta formalidad habilitante antes de su ratificación.<sup>120</sup> De esta manera, se fortalecerían aún más la legitimidad interna de los tratados, esta vez respecto de las denuncias o retiros que decida adoptar el poder ejecutivo chileno.

### La jerarquía del derecho internacional en Chile

En caso de conflicto entre la costumbre internacional y el derecho chileno, no hay una jurisprudencia clara: algunas decisiones judiciales han dicho que prima el derecho chileno, y otras han señalado que prima la costumbre internacional.<sup>121</sup> Distinta es la situación de los tratados, cuya jerarquía normativa en Chile es relativamente clara, al menos respecto de la ley. Aquí, la postura mayoritaria es que los tratados prevalecen sobre esta, tanto sobre la dictada con anterioridad a su promulgación y publicación, como sobre la dictada con posterioridad. Cualquier duda que quedaba al respecto, fue aclarada por la reforma constitucional del 2005, que añadió el hoy inciso quinto del artículo 54 N° 1 de la CPR, que no solo confirma que los tratados retienen su naturaleza internacional en Chile, sino que consagra implícitamente el principio de *lex superior* en lo relativo a la terminación, suspensión o modificación de estos.<sup>122</sup> En lo que dice relación con la CPR, esta prevalece sobre los tratados, al menos a contar de la reforma del 2005 que estableció el control de constitucionalidad *ex ante* o preventivo de carácter obligatorio, para ciertos acuerdos internacionales.

En efecto, como indica actualmente el artículo 93 N° 1 de la CPR, es una atribución del TC ejercer el control de constitucionalidad de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de ley orgánica constitucional, antes de su promulgación.<sup>123</sup> Este control de constitucionalidad de los tratados se vino a sumar al ya existente para el resto de los tratados, consagrado en el N° 3 del mismo artículo. Como señala este numeral, es una atribución del TC resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten

120 El derecho comparado ofrece algunos ejemplos de disposiciones en este sentido. Quizás la más conocida, es el artículo 91 N° 1 de la Constitución del Reino de los Países Bajos. En América Latina, las Constituciones de Argentina, Bolivia y Perú establecen este requisito.

121 Ver Benadava, Santiago, “Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos”, en Benadava, Santiago, et al, *Nuevos enfoques del derecho internacional* (Editorial Jurídica de Chile), 1992, pp. 28-33; y Aguilar, Gonzalo, “La Corte Suprema y la aplicación del derecho internacional: un proceso esperanzador”, en *Estudios Constitucionales*, 7/1, (Universidad de Talca), 2009, pp. 110-132. Ver también Ribera y Gornig, ob. cit., pp. 114-116.

122 Ver e.g. Nash (2012), ob. cit., pp. 16-18 & 20.

123 Ver e.g. Vargas Carreño, Edmundo, *Derecho internacional público: de acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI* (Editorial Jurídica de Chile), 2007, Tomo I, pp. 216-219.

El proyecto de nueva CPR del 2018 recogió este control preventivo obligatorio de los tratados en su artículo 94 N° 1, pero exigiendo un quórum de 4/5 de los miembros del TC para que uno de estos acuerdos internacionales sea declarado inconstitucional.

durante la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.<sup>124</sup> De acuerdo al inciso tercero de esta disposición, podrán requerir este control preventivo los Presidentes de la República, de la Cámara de Diputados o del Senado, o 1/4 de sus miembros en ejercicio, no después de cinco días de haberse otorgado la aprobación parlamentaria al tratado respectivo. A diferencia del control obligatorio del N° 1, este control de constitucionalidad *ex ante* del N° 3 es facultativo y, por ende, eventual, pues procede en la medida que se presente una cuestión de esta naturaleza.<sup>125</sup> Cabe señalar que, en no pocos casos, el TC ha utilizado derechos contenidos en tratados como parámetro de control preventivo de constitucionalidad.<sup>126</sup>

A propósito del control de constitucionalidad preventivo facultativo, el TC pareciera haber excepcionalmente optado por la tesis de la transformación de los tratados en derecho interno, alejándose así de su contraparte, la adopción de estos, que se puede encontrar en otras de sus decisiones judiciales que aceptan la incorporación de los tratados en Chile, en su calidad de tales. Vale decir, sin que pierdan la naturaleza jurídica internacional que les es propia. Un ejemplo de esto ocurrió en el 2000, cuando el TC señaló que para efectos de la aplicación de los tratados en el ámbito interno debe distinguirse entre sus cláusulas autoejecutables o *self-executing*, y no autoejecutables o *non-self-executing*.<sup>127</sup> En esta sentencia, el TC declaró que son cláusulas *self-executing* “las que tienen el contenido y la precisión necesarias [...] para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno”, y son cláusulas *non-self-executing* las “que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que [...] las haga aplicables como fuente del derecho interno”.<sup>128</sup> Como agregó entonces el TC, mientras las cláusulas auto-ejecutables pueden ser objeto de control de constitucionalidad, las no autoejecutables no pueden serlo, puesto que únicamente entran en vigor en Chile las cláusulas *self-executing*, por un lado, y las normas internas que se dicten para implementar las cláusulas *non-self-executing*, por otro. Según esta sentencia, corresponde al TC determinar si una o más cláusulas son autoejecutables o no autoejecutables.<sup>129</sup>

Esta distinción entre cláusulas *self-executing* y *non-self-executing* proviene del derecho constitucional de EE.UU., donde tampoco es fácil distinguir entre unos y otros en

124 Esta misma disposición puede encontrarse en el artículo 78.b letra a de la CPR de 1925. La reforma de 1970 introdujo este control de constitucionalidad preventivo en Chile.

125 El proyecto de nueva CPR del 2018 no incluyó el control preventivo facultativo de los tratados entre las atribuciones del TC que establece su artículo 94.

126 Ver e.g. Pica, Rodrigo, “Control de constitucionalidad y tratados internacionales: ¿objeto o parámetro? Una síntesis jurisprudencial del Tribunal Constitucional de Chile”, en Nogueira, Humberto (ed.), *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos* (Editorial Librotecnia), 2012, pp. 272-277.

127 Ver Ribera y Gornig, ob. cit., pp. 120-121.

128 Ver Tribunal Constitucional, Rol N° 309-2000, *Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT*, considerando 48.

129 Ver *ibid.*



la práctica.<sup>130</sup> Se la utiliza en el ámbito interno, pero no es de gran utilidad desde el punto de vista del derecho internacional, debido a que de conformidad al artículo 27 de la CVDT un estado no puede invocar disposiciones de su derecho nacional como justificación del incumplimiento de un tratado.<sup>131</sup> Como cualquier estado, Chile debe siempre actuar como un todo indivisible, sin desdoblarse artificialmente en un ámbito interno y otro externo, a fin de evitar que se esgrima en su contra esta regla esencial del derecho internacional. En un par de sentencias posteriores, el TC agregó que las cláusulas *non-self-executing* pueden ser objeto de control de constitucionalidad preventivo si estas puedan conducir a una inconstitucionalidad de fondo, y que no sea razonable postergar una resolución sobre ella.<sup>132</sup>

Como sea, la decisión que tome el TC en ejercicio del control de constitucionalidad preventivo tiene un efecto amplio. Si decide que una disposición de un tratado es contraria a la CPR, este acuerdo internacional no podrá ser aprobado por el Congreso Nacional, lo que a su vez va a impedir que sea ratificado, promulgado y publicado.<sup>133</sup> Aun cuando el control *ex ante* le permite al estado cumplir con el deber de adecuación del derecho interno con sus obligaciones internacionales antes de que el tratado entre en vigencia, no es fácil concordar el artículo 54 N° 1, inciso quinto, de la CPR con el control de constitucionalidad *ex post* o represivo de los tratados en vigor, que consagra el artículo 93 N° 6 de la CPR.<sup>134</sup> Como señala esta disposición, por mayoría de sus miembros en ejercicio, el TC puede resolver “la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”. Como respecto del control *ex ante*, el TC también ha utilizado derechos contenidos en tratados como parámetro de control represivo de constitucionalidad.<sup>135</sup> Se ha discutido ampliamente en doctrina la procedencia del con-

130 Ver Aust, ob. cit., pp. 196-199. Ver también Verdier y Versteeg (2015), ob. cit., pp. 522-525; y Ribera y Gornig, ob. cit., pp. 36-40. Cf. Bartolini, ob. cit., p. 1309.

Corresponde destacar que esta categorización podría traer importantes consecuencias, a nivel nacional. Como señala Anne Peters, la práctica judicial interna sobre aplicabilidad directa de los tratados puede ser tanto o más relevante que cualquier jerarquía abstracta que le otorgue al derecho internacional la Constitución respectiva. Ver Peters, ob. cit., p. 270.

131 Esta misma disposición fue reiterada en el artículo 32 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de 2001, lo cual no es casual, pues es justamente una norma de responsabilidad internacional estatal.

Ver e.g. Villiger, Mark, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers), 2009, pp. 369-375. Ver en general Schmalenbach, Kirsten, “Article 27: Internal Law and Observance of Treaties”, en Dörr, Oliver, y Schmalenbach, Kirsten (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (Springer-Verlag), 2012.

132 Ver Tribunal Constitucional, Rol N° 383, *Requerimiento de inconstitucionalidad de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 1994*, sentencia, 5 de septiembre de 2003, considerando 4; y Tribunal Constitucional, Rol N° 1988, *Requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV-91)*, sentencia, 24 de julio de 2011, considerandos 13-7. Estas dos sentencias se dictaron en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 93 N° 3 de la CPR.

133 Ver Orrego Vicuña y Orrego Bauzá, ob. cit., p. 132.

134 Hasta la reforma constitucional del 2005, el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad correspondía a la Corte Suprema. Ver el artículo 76 de la CPR de 1980, en su redacción original. Ver también Orrego Vicuña y Orrego Bauzá, ob. cit., p. 135.

135 Ver e.g. Nash, Claudio, “Control de convencionalidad en Chile: bases normativas, jurisprudencia y críticas”, en Henríquez, Miriam, y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile* (DER Ediciones), 2017, pp. 429-441.

trol *ex post* de los tratados.<sup>136</sup> El TC se ha pronunciado sobre este asunto en un par de oportunidades, pero en sentidos opuestos. Así, este tribunal declaró inconstitucional el 2009 una disposición de la ley orgánica destinada a regularlo, que establecía la improcedencia del recurso de inaplicabilidad respecto de los tratados, a los cuales el TC consideró dentro del término “preceptos legales”.<sup>137</sup> El 2015, en cambio, el mismo tribunal señaló que “una norma de un tratado internacional ratificado por Chile no constituye un ‘precepto que tenga rango legal’, en términos tales que pueda promoverse a su respecto una acción de inaplicabilidad”.<sup>138</sup>

Desde un punto de vista interno, ambas soluciones del TC son plausibles, y cuentan en doctrina con buenos argumentos jurídicos que les sirvan de sustento. Sin embargo, desde una perspectiva externa, la alternativa seguida por este tribunal el 2009 es claramente inconveniente para los intereses de Chile. Esto, por cuanto la declaración de inaplicabilidad de un tratado podría eventualmente constituir un incumplimiento convencional o consuetudinario del derecho internacional, exponiendo a nuestro estado a un reclamo de responsabilidad internacional, en el que el mencionado artículo 27 de la CVDT solo sirva para recordarnos que el derecho interno no es una justificación para el incumplimiento de nuestras obligaciones internacionales. Desde esta perspectiva, pasa a ser ociosa la distinción hecha por el TC el 2009 entre la procedencia de la declaración de inaplicabilidad del artículo 93 N° 6 respecto de los tratados, y la improcedencia de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 93 N° 7 para estos.<sup>139</sup> Con una redacción muy parecida al número anterior, esta última disposición señala que es una atribución del TC “resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”. Como explicó ese año el tribunal, los efectos de una resolución que declare la inaplicabilidad de un tratado tiene un carácter particular: esto es, solo para el caso concreto. Por el contrario, la declaración de inconstitucionalidad produce un efecto *erga omnes*, al expulsar del ordenamiento jurídico al precepto legal, sin alcance retroactivo, que antes fuera declarado inaplicable por el mismo tribunal. Conforme al TC, esto implicaría una vulneración de los artículos 32 N° 15 y 54 N° 1 de la CPR, y de las normas internacionales sobre celebración y nulidad, terminación o

136 En contra ver e.g. Nogueira, Humberto, “La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional: del doble control concentrado de constitucionalidad a la concentración del control en el Tribunal Constitucional”, en *Ius et Praxis*, 8/1, (Universidad de Talca), 2002; Peña, Marisol, “Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, 1/1, (Universidad de Talca), 2003; y Henríquez, Miriam, “Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales”, en *Estudios Constitucionales*, 5/1, (Universidad de Talca), 2007.

A favor ver e.g. Ribera, Teodoro (2007): “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, 5/1, (Universidad de Talca), 2007; y Núñez Poblete, Manuel (2010): “Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad”, en *Estudios Constitucionales*, 8/2, (Universidad de Talca), 2010.

137 Ver Tribunal Constitucional, Rol N° 1288-2009, *Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del TC*, considerandos 41-72.

138 Tribunal Constitucional, Rol N° 2789, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 1° de la Ley N° 17.301, que crea la Junta Nacional de Jardines Infantiles, y del artículo 14, párrafo 3, de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, en la causa Rol N° 708-2015*, sentencia, 25 de marzo de 2015, considerando 7.

139 Ver en general Tribunal Constitucional, Rol N° 1288-2009, *Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del TC*.

suspensión de los tratados.<sup>140</sup> No obstante, más que infringir dichas normas de derecho constitucional e internacional, la declaración de inconstitucionalidad constituye una conducta a la cual le resulta aplicable el artículo 27 de la CVDT.

En lo que dice relación con los tratados sobre derechos humanos, debe estarse a lo dispuesto en el artículo 5, inciso segundo, de la CPR:

*“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.*

Desde que este inciso se incorporara al texto constitucional en 1989, se han planteado las siguientes posibilidades interpretativas: que la CPR prime sobre los tratados de derechos humanos; que estos tratados tengan una jerarquía equivalente a la CPR; que las disposiciones de derechos humanos, que contenga cualquier tratado, tengan rango constitucional; o que los tratados de derechos humanos prevalezcan sobre la CPR.<sup>141</sup> Si bien no hay unanimidad en Chile sobre el alcance de esta disposición, parte importante de la jurisprudencia de tribunales ordinarios y de la doctrina nacional se inclina por considerar que el artículo 5, inciso segundo, le confiere a los tratados sobre derechos humanos, que cumplan con los requisitos allí mencionados, un valor equivalente al de la CPR.<sup>142</sup> Esto significa, que en caso de conflicto entre ambos instrumentos jurídicos se deberían aplicar los principios de *lex posterior* y de *lex specialis*. Haciendo propia la tesis de Alejandro Silva Bascuñán, el TC ha seguido un criterio distinto: considera que todos los tratados internacionales, incluso los de derechos humanos, tienen rango

140 Ver *ibid.*, considerandos 57-58 & 65.

141 Sirve para ilustrar cada una de estas posturas, respectivamente, los siguientes trabajos publicados en el período inmediatamente posterior a la reforma constitucional de 1989: Saenger, Fernando, “Consideraciones para estimar que los tratados en materia de derechos humanos no forman parte de la Constitución”, en *Revista Chilena de Derecho*, 20/ 2-3, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 1993; Medina, Cecilia, *Constitución, tratados y derechos esenciales* (Editorial Corporación de Reparación y Reconciliación), 1994; Troncoso, Claudio, y Vial, Tomás (1993): “Sobre los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales y en la Constitución”, en *Revista Chilena de Derecho*, 20/2-3, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 1993; y Nogueira, Humberto, “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, 20/2-3, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 1993.

La lista de publicaciones en la materia es larga. Entre los más recientes ver e.g. Henríquez, Miriam, “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos”, en *Estudios Constitucionales*, 6/2, (Universidad de Talca), 2008; Núñez Poblete, Manuel, “La función del derecho internacional de los derechos humanos en la argumentación de la jurisprudencia constitucional”, en *Revista de Derecho*, 32, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2009; Aldunate, Eduardo, “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, en *Ius et Praxis*, 16/2, (Universidad de Talca), 2010; y Nogueira, Humberto, “El valor jurídico asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al derecho convencional internacional de los derechos humanos y su fuerza normativa en el período 2006-2013”, en *Revista Chilena de Derecho*, 41/2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2014. Ver también Vargas Carreño, *ob. cit.*, pp. 216-223; Galdámez, Liliána, *Impunidad y tutela judicial de graves violaciones a los derechos humanos* (Editorial Librotecnia), 2011, pp. 79-114; Nash (2012), *ob. cit.*, pp. 19-23; y Cea, José Luis, *Derecho constitucional chileno* (Ediciones UC), 2015, Tomo I, pp. 263-289.

142 Ver Orrego Vicuña y Orrego Bauzá, *ob. cit.*, pp. 138-139; y Núñez Poblete (2009), *ob. cit.*, pp. 491-496. Cf. Henríquez (2008), *ob. cit.*, pp. 100-113.

Corresponde señalar que carecen de rango constitucional, por tanto, las disposiciones de instrumentos que no son tratados: por ejemplo, una resolución de la Asamblea General de la ONU, como la que establece la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

supralegal, pero infraconstitucional.<sup>143</sup> El problema con esta solución es que expone al estado a incurrir en responsabilidad internacional por incumplimiento de una obligación internacional contenida en un tratado. En el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos, esto se ve agravado por el control de convencionalidad que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte IDH, establece el Pacto de San José de Costa Rica para dicho tribunal internacional y para todos los órganos de los estados parte de este tratado.

¿Qué hacer con la jerarquía de los tratados en la nueva Constitución? En términos generales, convendría mantener la solución actual. Esto es, que el rango supra-legal e infraconstitucional de los tratados se infiera de ciertas disposiciones, como de los actuales artículos 54 N° 1, inciso quinto, y 93 N°s 1 y 3 de la CPR. En la implementación de esta solución, debiera siempre tenerse presente lo señalado en los artículos 26 y 27 de la CVDT, que establecen los principios de *pacta sunt servanda*, del cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales y de la imposibilidad de justificar mediante el derecho interno la violación de estas. En el derecho comparado, son varias las Constituciones políticas dictadas con posterioridad a 1990, en las que tal jerarquía se deduce de algunas de las normas que definen el rol de tribunales constitucionales o superiores de justicia.<sup>144</sup> No pocas de estas Constituciones incluso les confieren explícitamente a los tratados un rango supra legal; una alternativa que bien valdría considerar para una nueva Constitución chilena.<sup>145</sup> Una cláusula que reitera en la carta fundamental el deber de los órganos estatales de cumplir las obligaciones internacionales, sin duda iría en el sentido correcto, pues permitiría evitar que Chile incurra en responsabilidad internacional. Un precepto así constituiría una importante innovación para nuestra tradición constitucional.<sup>146</sup>

### ¿Qué hacer con los derechos humanos?

Queda una pregunta por responder: ¿qué jerarquía debieran tener los tratados de derechos humanos en Chile? Siendo parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), nos es aplicable el control de convencionalidad, el cual puede darse en dos ámbitos: internacional y nacional. Mientras el primero está concentrado, el se-

143 Ver e.g. Tribunal Constitucional, Rol N° 346, *Requerimiento de inconstitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998*, sentencia, 8 de abril de 2002, considerandos 59-75; y Tribunal Constitucional, Rol N° 2387, *Requerimiento de inconstitucionalidad del artículo 1°, numerales 20, 3, letra c) y 48 del proyecto de ley que modifica la Ley N° N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura*, sentencia, 23 de enero de 2012, considerandos 11-12, que confirma dicha postura. Ver también Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional* (Editorial Jurídica de Chile), 1997, Tomo IV, pp. 124-125. Cf. Tribunal Constitucional, Rol N° 1288-2009, *Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del TC*, considerandos 43-58.

En esta última sentencia el TC declaró expresamente que los tratados tienen rango legal en el derecho chileno. Sin embargo, al insistir que los tratados solo pueden ser terminados o suspendidos de acuerdo a las normas generales del derecho internacional, según lo dispone el artículo 54 N° 1, inciso quinto, de la CPR, en la práctica el TC les confirió un carácter supralegal, pero infraconstitucional.

144 Ver Bartolini, ob. cit., pp. 1296-1300.

145 Ver *ibid.*, pp. 1300-3. Ver también Peters, ob. cit., pp. 262-263; y Verdier y Versteeg (2017), ob. cit., pp. 160-161.

146 Unas cuantas Constituciones de otros países contemplan normas orientadas al cumplimiento de las obligaciones internacionales. Esto ocurre principalmente en cartas fundamentales que son recientes, como las de Eslovaquia, Georgia y Hungría.

gundo es difuso. El control de convencionalidad internacional lo lleva a cabo la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en cada caso que conoce, a través de la comparación entre el ordenamiento jurídico interno de los estados partes, por una parte, y la CADH y los otros tratados del sistema interamericano que le confieren jurisdicción, tal como han sido interpretados por este tribunal internacional, por otra. El control de convencionalidad interno, en cambio, lo realizan los agentes del estado al crear, modificar, interpretar y aplicar las normas internas, a fin de asegurar su conformidad o compatibilidad con la interpretación que la Corte IDH ha hecho del Pacto de San José de Costa Rica y de los otros tratados mencionados, de tal manera que estos acuerdos internacionales tengan un efecto útil. Como tal, el control de convencionalidad fue mencionado por primera vez en el voto razonado del juez Sergio García Ramírez, del caso *Mack c. Guatemala* de 2003.<sup>147</sup> Más tarde, la propia Corte IDH utilizó esta denominación en *Almonacid c. Chile* de 2006.<sup>148</sup>

Desde sus inicios, el control de convencionalidad ha entusiasmado a la doctrina latinoamericana. Y no solo a esta, pues uno de los más dedicados impulsores del control de convencionalidad es el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, su principal teórico en la Corte IDH.<sup>149</sup> A tal punto llegó este entusiasmo, que en la inauguración del 48° Período Extraordinario de Sesiones de la Corte IDH, que tuvo lugar el 2013 en la Ciudad de México, el entonces presidente de este tribunal, Diego García Sayán, hizo “un llamado público a la cautela porque este es un tema de enorme complejidad a través de cual la propia jurisprudencia de la Corte ha sido tremendamente cuidadosa en su fraseo y en su redacción”.<sup>150</sup> En dicha oportunidad, el juez García Sayán destacó que el control de convencionalidad no permite a cualquier autoridad estatal decidir dejar de aplicar una determinada norma “porque así le parece”.<sup>151</sup> Esto, en razón de que la Corte IDH ha señalado en repetidas ocasiones que este control está “esencialmente dirigido a la función judicial” y que debe hacerse “dentro del marco de las respectivas competencias de cada cual”.<sup>152</sup> El juez Sergio García Ramírez, en tanto, ha insistido en que el control de convencionalidad se refiere a las normas domésticas y a los jueces nacionales, y no a “cualquier acto violatorio” de “cualquier autoridad interna”, pues ahí el control

147 Ver Corte IDH, Serie C No. 101, *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, 25 de noviembre de 2003, párrafo 27.

148 Ver Corte IDH, Serie C No. 154, *Luis Almonacid Arellano c. Chile*, sentencia, 26 de septiembre de 2006, párrafo 124.  
En este caso, la Corte IDH habló de una “especie de” control de convencionalidad. Este solo pasó a ser simplemente “control de convencionalidad” tres años más tarde en *Radilla c. México*.  
Ver Corte IDH, Serie C No. 209, *Rosendo Radilla Pacheco c. México*, sentencia, 23 de noviembre de 2009, párrafo 339.

149 El juez Ferrer Mac-Gregor ha escrito mucho sobre el tema. Una inmejorable introducción a su visión al respecto puede encontrarse en su voto razonado en *Cabrera y Montiel c. México*.

150 Ver en general Corte IDH, Serie C No. 220, *Teodoro Cabrera García y Rodrigo Montiel Flores c. México*, voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, 26 de noviembre de 2010.  
García Ramírez, Sergio, “Sobre el control de convencionalidad”, en *Pensamiento Constitucional*, 21/21, (Pontificia Universidad Católica del Perú), 2016, nota 24 en p. 179.

151 *Ibid.*

152 *Ibid.*

adquiriría una extensión ilimitada.<sup>153</sup> Además de estas prevenciones de jueces de la Corte IDH, con el tiempo han ido apareciendo cada vez más voces disonantes a este otrora coro doctrinal favorable al control de convencionalidad, que critican esta creación jurisprudencial o pretoriana.

Laurence Burgogue-Larsen ha agrupado competentemente a los autores que están a favor y en contra del control de convencionalidad. Ella ha distinguido entre los entusiastas y los circunspectos, en el primer grupo, y entre las aproximaciones sociológicas, propiamente jurídicas y liberal-positivistas al tema, en el segundo.<sup>154</sup> De las críticas que se le han hecho al control de convencionalidad, las más incisivas son las que provienen de la falta de un claro apoyo en el texto de la CADH, o en sus trabajos preparatorios, y del hecho que este transforma a los tribunales nacionales en subordinados de la Corte IDH.<sup>155</sup> La recepción del control de convencionalidad en los estados que son parte del Pacto de San José de Costa Rica también oscila entre aquellas jurisdicciones que lo han aceptado y las que lo han rechazado.<sup>156</sup> En el caso de Chile, mientras la Corte Suprema ha sido generalmente más favorable a este control, el Tribunal Constitucional lo sigue mirando con distancia. En ambos casos, los fallos que hacen referencia a este son recientes. Los de la Corte Suprema han señalado en qué consiste el control de convencionalidad, incluso con cierto detalle al respecto, pero no lo han aplicado en la práctica. Los del TC, en cambio, básicamente han dicho que el parámetro de constitucionalidad es la propia CPR, que prevalece sobre los tratados de derechos humanos, y de que no hay certeza sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH en el sistema jurídico nacional.<sup>157</sup>

No habiendo diferenciación posible entre lo internacional y lo nacional para efectos de la responsabilidad estatal, una nueva Constitución nos ofrece una inmejorable oportunidad para responder al desafío que el control de convencionalidad significa para la jerarquía normativa de los tratados de derechos humanos en Chile. ¿Qué hacer con estos en una nueva carta fundamental? Establecer expresamente su rango constitucional, es algo que definitivamente debiera ser considerado. Así lo hacen algunas de las cartas fundamentales promulgadas después de 1990, que constitucionalizan dichos tratados

153 Ibid., pp. 179-180. Ver García Ramírez, Sergio, y Morales Sánchez, Julieta, “Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: libertad de expresión, jurisdicción militar y control de convencionalidad”, *Cuestiones Constitucionales*, 29, (Universidad Nacional Autónoma de México), 2013, pp. 209-211.

154 Ver Burgogue-Larsen, Laurence, “Conventionality Control: Inter-American Court of Human Rights (IACHR)”, en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press), 2018, párrafos 43-65.

155 Ver *ibid.*, párrafo 60. Entre los autores que plantean esto se destacan Ariel Dulitzky y Jorge Contesse. Ver en general Dulitzky, Ariel, “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, en *Texas International Law Journal*, 50/1, (Universidad de Texas) 2015; y Contesse, Jorge, “The international Authority of the Inter-American Court of Human Rights: A Critique of the Conventionality Control Doctrine”, en *International Journal of Human Rights*, 22/9, (Taylor & Francis), 2018.

156 Ver Burgogue-Larsen, *ob. cit.*, párrafos 30-42.

157 Ver Henríquez, Miriam, y Núñez Leiva, José Ignacio, “Control de convencionalidad en Chile”, en Henríquez, Miriam, y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, (DER Ediciones), 2017, pp. 388-401. Ver también Zúñiga, Francisco, “Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Dilemas y perspectivas”, en Henríquez, Miriam, y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, (DER Ediciones), 2017, pp. 549-553. Cf. Nash (2017), *ob. cit.*, pp. 412-442.

o les confieren esta jerarquía.<sup>158</sup> Este rango también se le podría otorgar a aquellos tratados que le confieren jurisdicción a un tribunal internacional. Corresponde destacar la importancia que han adquirido este último tipo de tratados, los cuales no solo le dan competencia a tribunales permanentes como la Corte Internacional de Justicia (CIJ), la Corte IDH, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar y la Corte Penal Internacional, sino también a tribunales arbitrales, como da cuenta una multiplicidad de tratados bilaterales de inversión (TBI) y acuerdos de integración económica con un capítulo de promoción y protección de esta (AIE).<sup>159</sup> Los mecanismos de solución pacífica de controversias contenidos en algunos de estos tratados han permitido que Chile sea demandado ante distintos tribunales internacionales.<sup>160</sup> Esto plantea el problema del adecuado cumplimiento de una decisión judicial adversa en esta clase de procesos, que evite al estado incurrir nuevamente en responsabilidad internacional. No obstante, esto último ya es algo que debiera regularse por ley, no necesariamente en la Constitución.

Asimismo, sería recomendable mantener el control de constitucionalidad preventivo para todos los tratados y establecer el deber del TC de pronunciarse sobre la necesidad de dictar legislación complementaria para la implementación de los tratados que controle *ex ante*, en cuyo caso estos deberían volver a pasar por la aprobación parlamentaria y dicho control ante el TC, como ocurrió en su momento con el Estatuto de Roma que le otorgó competencia a la Corte Penal Internacional, más por razones políticas que propiamente jurídicas.<sup>161</sup> En este mismo orden de cosas, sería un acierto eliminar explícitamente la posibilidad de ejercer un control de constitucionalidad represivo de los tratados, para evitar que la declaración de inaplicabilidad respectiva constituya un incumplimiento del derecho internacional, que eventualmente exponga al estado a un

158 Ver Bartolini, ob. cit., pp. 1303-1305. Ver también *ibid.*, pp. 1305-1307. Para una evolución del estatus de los tratados en el derecho comparado ver Verdier y Versteeg (2015), ob. cit., pp. 525-527.

159 Ver e.g. El Tratado Americano de Soluciones Pacíficas de 1948, o Pacto de Bogotá; la CADH; la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982; y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998. Chile tiene aproximadamente 40 TBIs vigentes, así como alrededor de 25 AIEs en vigor con disposiciones referentes a la inversión extranjera.

160 Los casos en que Chile ha sido demandado ante la CIJ, la Corte IDH y los tribunales arbitrales establecidos en virtud del mecanismo de solución de controversias internacionales de los TBIs, y que han sido fallados en contra de nuestro estado, son varios. En un mundo globalizado, como el actual, esto no tiene nada de extraño; menos en América Latina.

Ver Corte IDH, Serie C No. 73, *La Última Tentación de Cristo (Juan Pablo Olmedo Bustos y otros) c. Chile*, 5 de febrero de 2001; Caso CIADI No. ARB/01/7, *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. Chile*, Laudo, 25 de mayo de 2004; Corte IDH, Serie C No. 135, *Humberto Palamara Iribarne c. Chile*, sentencia, 22 de noviembre de 2005; Corte IDH, Serie C No. 151, *Marcel Claude Reyes y otros c. Chile*, sentencia, 19 de septiembre de 2006; Corte IDH, Serie C No. 154, *Almonacid Arellano c. Chile*, sentencia, 26 de septiembre de 2006; Corte IDH, Serie C No. 239, *Karen Atala Riffo y niñas c. Chile*, sentencia, 24 de febrero de 2012; Corte IDH, Serie C No. 267, *Leopoldo García Lucero y otros c. Chile*, sentencia, 28 de agosto de 2013; Corte Internacional de Justicia, *Disputa marítima (Perú c. Chile)*, sentencia de fondo, 27 de enero de 2014; Corte IDH, Serie C No. 279, *Segundo Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) c. Chile*, sentencia, 29 de mayo de 2014; Corte IDH, Serie C No. 300, *Omar Maldonado Vargas y otros c. Chile*, sentencia, 2 de septiembre de 2015; Caso CIADI No. ARB/98/2, *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile*, Laudo, 13 de septiembre de 2016; Corte IDH, Serie C No. 349, *Vinicio Poblete Vilches y otros c. Chile*, sentencia, 8 de marzo de 2018; Corte IDH, Serie C No. 372, *María Laura Órdenes Guerra y otros c. Chile*, sentencia, 29 de noviembre de 2018; y Corte IDH, Serie C No. 409, *Daniel Urrutia Laubreaux c. Chile*, sentencia, 27 de agosto de 2020.

161 Ver López Escarcena, Sebastián, “La complementariedad de la Corte Penal Internacional según el Tribunal Constitucional chileno”, en *Revista de Derecho*, 19/1, (Universidad Católica del Norte), 2012.

reclamo de responsabilidad internacional. Finalmente, en lo que dice relación con la integración de nuestro sistema jurídico nacional con el sistema interamericano de derechos humanos, sería oportuno incluir una cláusula de interpretación conforme, como las que pueden encontrarse en el artículo 16 N° 2 de la Constitución de la República Portuguesa de 1976 y en el artículo 10 N° 2 de la Constitución Española de 1978, y que encuentran su contraparte en América Latina en el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia de 1991 y en la disposición final cuarta de la Constitución Política del Perú de 1993, entre otras Constituciones.<sup>162</sup> En su esencia, estas cláusulas disponen que las normas constitucionales deben ser interpretadas de manera armónica con los tratados de derechos humanos de que es parte el estado en cuestión.<sup>163</sup> Esta apertura interpretativa puede estar restringida a un instrumento en particular, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el caso de la Constitución de Portugal, o a todos los tratados de derechos humanos ratificados por el estado, como en el caso de la Constitución de España, cuyo artículo 10 N° 2 ha evidentemente inspirado las disposiciones correspondientes de Colombia y Perú, y que señala: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Con una cláusula de interpretación conforme no se haría otra cosa que reafirmar la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en Chile, otorgándole al TC la posibilidad de integrar el control de convencionalidad a su labor judicial y al estado chileno en general un instrumento útil para el cumplimiento de las obligaciones internacionales que se establecen en dichos tratados. De esta manera, aun cuando se mantenga un control de constitucionalidad concentrado en el TC, los tribunales inferiores igual tendrían que velar por el cumplimiento de los tratados de acuerdo a los artículos 26 y 27 de la CVDT. Una cláusula de interpretación conforme les ofrecería también a estos jueces una herramienta hermenéutica que les permita cumplir con la disposición constitucional que les confiera a los tratados de derechos humanos un rango equivalente al de la CPR, pudiendo asimismo tener en consideración la jurisprudencia

162 Ver Santolaya, Pablo, “La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Herrera, Alfonso (eds.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpio, generador incansable de diálogos* (Editorial Tirant Lo Blanch), 2013, pp. 448-452 & 453. Ver también Carpio, Edgar, “La interpretación de los derechos fundamentales”, en *Derecho PUCP*, 56, (Pontificia Universidad Católica del Perú), 2003, pp. 520-524 & 526-528; Peters, ob. cit. 300-303; Bartolini, ob. cit., p. 1305; Acosta, Paola, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano* (Universidad Externado de Colombia), 2015, pp. 67-99 & 81-85; y Ribera y Gornig, ob. cit., pp. 72, 79, 126, 130 & 148.

163 Corresponde señalar que el artículo 4, inciso segundo, del proyecto de nueva CPR del 2018 incluía una cláusula de interpretación conforme en su última frase, del siguiente tenor: “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos humanos. Es deber de los órganos del Estado y de todas las personas respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como aquellos establecidos en los tratados internacionales vigentes ratificados por Chile, y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Los órganos del Estado deberán conciliar estos derechos con los establecidos en esta Constitución*”. También conocida como interpretación consistente, esta solución se puede encontrar en otros países, pero referida a todo el derecho interno y al derecho internacional en general. Así ocurre, por ejemplo, en la Constitución de Sudáfrica de 1996. Ver Bartolini, ob. cit., p. 1303; Verdier y Versteeg (2015), ob. cit., pp. 527-528; Sloss, David, y Van Alstine, Michael, ‘International Law in Domestic Courts’, en Sandholtz, Wayne, y Whytock, Christopher (eds.), *Research Handbook on the Politics of International Law* (Edward Elgar Publishing), 2017, pp. 105-110; y Verdier y Versteeg (2017), ob. cit., pp. 161-162.



de la Corte IDH al aplicar el Pacto de San José de Costa Rica. Todo esto, a fin de evitar que el estado de Chile incurra en responsabilidad internacional por obligaciones que contrajo soberanamente. Desde un punto de vista práctico, esta es la solución más adecuada. Particularmente, si se tiene en consideración que la única alternativa efectiva de oposición actual al control de convencionalidad consiste en denunciar la CADH y los tratados que le otorgan jurisdicción a la Corte IDH, cuyo costo político es un precio que difícilmente estaría dispuesto a pagar un gobierno democrático chileno.<sup>164</sup>

## Conclusiones

La regulación del derecho internacional en la actual CPR es insuficiente para los desafíos que ofrece el mundo globalizado de hoy. Chile está obligado internacionalmente por un sinnúmero de normas consuetudinarias y convencionales y su incumplimiento no puede justificarse en el derecho interno. Esto exige que el estado actúe siempre como un todo, sin hacer distinciones artificiales entre lo internacional y lo nacional. Es el momento, por tanto, de incluir y, en la medida de lo posible, sistematizar el desarrollo jurisprudencial y doctrinal relativo a la incorporación y jerarquía, tanto de la costumbre internacional como de los tratados. En este sentido, una norma que exija una aprobación parlamentaria previa a la terminación de los tratados, para aquellos que tuvieron que cumplir con esta formalidad habilitante antes de su ratificación, fortalecería la legitimidad interna de los acuerdos internacionales.

En cuanto a la jerarquía de estos en el derecho chileno, sería conveniente mantener el rango supra-legal e infra-constitucional de los tratados, de manera que se apliquen los principios de *lex posterior* y de *lex specialis* en caso de conflicto normativo, así como el de *lex superior* cuando este se relacione con la CPR. Para los tratados de derechos humanos, y los tratados que le otorgan jurisdicción a un tribunal internacional, aunque no sean de derechos humanos, el derecho chileno debiera reconocerles un rango equivalente al de la CPR, de manera que se apliquen los principios de *lex posterior* y de *lex specialis*, pero no el de *lex superior*. En este esquema, el control de constitucionalidad preventivo seguiría jugando un papel central, pues le permitiría al estado chileno cumplir con el deber de adecuación del derecho interno con sus obligaciones internacionales, antes de que el acuerdo internacional respectivo entre en vigencia. Desde esta perspectiva, pareciera razonable extender el carácter obligatorio del control preventivo a todo tratado que celebre Chile, cualquiera sea la materia sobre la que verse este. El control represivo, en cambio, es claramente inconveniente para los intereses nacionales, por cuanto la declaración de inaplicabilidad de un tratado podría eventualmente constituir un incumplimiento del derecho internacional, que expone al estado a un reclamo de responsabilidad internacional.

En lo que dice relación a la integración de nuestro sistema jurídico nacional con el sistema interamericano de derechos humanos, sería oportuno incluir una cláusula de interpretación conforme, como la que contemplan las Constituciones de otros países. En su esencia, esta dispone que las normas constitucionales deben ser interpretadas de manera armónica con los tratados de derechos humanos de que es parte el estado en

---

164 Respecto a la denuncia del Pacto de San José de Costa Rica ver Corte IDH, Serie C No. 54, *Baruch Ivcher Bronstein c. Perú*, Decisión sobre competencia, 24 de septiembre de 1999, párrafo 40. Ver también Corte IDH, Serie C No. 55, *Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano ("Tribunal Constitucional") c. Perú*, Decisión sobre competencia, 24 de septiembre de 1999, párrafo 39.

cuestión. Con una cláusula de interpretación conforme no se haría otra cosa que reafirmar la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en Chile. Finalmente, una disposición que establezca el deber de los órganos estatales de comportarse de acuerdo a las obligaciones internacionales que Chile ha contraído reforzaría nuestro estado de derecho, incentivando la capacitación regular de los funcionarios estatales, disminuyendo así las posibilidades de que dichos órganos incurran en responsabilidad internacional.

